

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN CANTABRIA

MARCOS GÓMEZ PUENTE

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cantabria

marcos.gomez@unican.es

En el período cubierto por esta crónica y por lo que respecta a la región cántabra, se ha tenido conocimiento de las siguientes sentencias de interés ambiental dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria:

— *STSJ de 1 de septiembre de 2015 (modificación singular de normas subsidiarias)*. Una asociación ecologista impugnó la modificación puntual de las Normas Subsidiarias Municipales de Bueras, realizada con la finalidad de ajustar la delimitación de una explotación minera a la realidad física, a la autorización de la explotación y al Plan de Ordenación del Litoral. En razón de ella, un espacio de 140.000 m² que estaba clasificado como suelo no urbanizable de protección minera quedó como suelo no urbanizable, parte de explotación agropecuaria alejado de núcleo y parte de uso agrícola forestal y ganadero. Y otro espacio de 164.000 m² siguiendo la calificación inversa quedó configurado como suelo no urbanizable de protección minera. Pudiéndose comprobar por la simple observación de los planos y fotos cuál era la discrepancia entre la realidad y la zonificación de usos que se pretendía corregir, la Sala alcanza la conclusión de que la modificación encuentran encaje en el margen de discrecionalidad que tiene legalmente reconocido el planificador del suelo para revisar y modificar la calificación inicial, sin que pueda considerársele vinculado por el sentido de la ordenación urbanística anterior, ni por las expectativas o derechos urbanísticos particulares, ni por los posibles convenios urbanísticos suscritos. La extensa discrecionalidad administrativa, implica que en la toma de decisiones sobre el modelo territorial a desarrollar, sobre el planeamiento y su modificación puedan contemplarse tanto criterios técnicos urbanísticos, como criterios sociológicos, económicos, culturales, medioambientales.

Pues bien, la Sala descarta que en el ejercicio de esa facultad discrecional se haya incurrido en ningún exceso por la infracción de normas o valores ambientales, sin que pueda apreciarse tal infracción cuando la recurrente no hace mención concreta de la norma de carácter superior supuestamente vulnerada, ni la prueba practicada pone de manifiesto la vulneración de valores ambientales, toda vez que la modificación fue acompañada de una memoria ambiental que realizó un exhaustivo análisis de la incidencia ambiental de la modificación sobre el espacio natural limítrofe (el parque natural de las marismas de Santona Victoria y Joyel) sin que se apreciaran objeciones respecto de aquélla.

— *STSJ de 5 de octubre de 2015 (autorización ambiental integrada de Viscocel S.L.U.)*. Resuelve el recurso interpuesto por una asociación ecologista contra la resolución que otorgó la autorización ambiental integrada para el conjunto de instalaciones que conforman el proyecto de instalación, en Torrelevega, de un proceso de producción de viscosa con una capacidad de producción 90 toneladas día de fibra y 25 toneladas día de sulfato sódico anhidro. Se trata de un litigio que viene de atrás, pues el TSJ había declarado inadmisibile el recurso por falta de legitimación de la recurrente y el Tribunal Supremo, por Sentencia de 26 de diciembre de 2014, devolvió los autos a la Sala regional.

La recurrente cuestionaba la legalidad de la autorización porque se otorgó a pesar de que no se aplicarían una parte importante y trascendental de las mejores técnicas disponibles preceptivas y de que, por ello, se rebasarían ampliamente los valores límite de emisión, siguiéndose de ello también, en su opinión, que fue arbitrario su otorgamiento.

Según el parecer la Sala, la normativa sobre control ambiental integrado (como las Directivas 96/61/CE y 2010/75/UE y la Ley 16/2002) ha ido elevando paulatinamente la protección ambiental, pero ha mantenido el carácter instrumental de las mejores técnicas disponibles para determinar los valores límites de emisión, pero sin prescribir ninguna técnica o tecnología específica para asegurarlos, de modo que siempre que se respeten dichos valores en un proceso de producción son admisibles técnicas distintas a las identificadas como mejores disponibles, sean transversales o específicas. Y como en el caso concreto las técnicas previstas sí permitían garantizar dichos valores de emisión concluye que la autorización otorgada era ajustada a Derecho, sin incurrir en arbitrariedad alguna.

— *STSJ de 25 de noviembre de 2015 (Plan de Recuperación del Urogallo Cantábrico)*. Aunque se alegaron varios motivos de nulidad, la Sala declara contrario a Derecho y nulo el decreto que aprobó el referido plan porque en el curso de su tramitación no se llevó a cabo el trámite de comunicación y audiencia a los Ayuntamientos y Juntas Vecinales afectados previsto en el artículo 70 de la Ley de Cantabria 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, vicio

formal que no podía considerarse subsanado por la simple ulterior publicación del plan en el boletín oficial de la Comunidad.

— *STSJ de 2 de febrero de 2016 (ordenanza de antenas de telefonía móvil)*. Este fallo resuelve el recurso contencioso-administrativo que interpuso una operadora de telefonía móvil contra la Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil celular y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública del municipio de Marina de Cudeyo. La recurrente reputaba nula dicha Ordenanza alegando, como motivo principal, que se trataba de un instrumento de planificación encubierto aprobado sin solicitar los informes preceptivos para hacerlo; y, como motivo subsidiario, la falta de competencia municipal para adoptar las determinaciones contempladas en aquélla. La Sala rechaza el motivo de oposición principal, por no haber quedado acreditado que la Ordenanza tuviera materialmente la naturaleza propia de un instrumento urbanístico, pero acoge el motivo subsidiario, pues la competencia sobre aspectos técnicos de las telecomunicaciones está atribuida de forma exclusiva al Estado (art. 149.1.21 CE), siendo también competencia de éste la normativa básica en lo referente a la salud de las personas (artículo 149.1.16 CE), sin que, por ello mismo, un Ayuntamiento pueda regular sobre los niveles de emisión ni imponer medidas sanitarias superiores a las de la citada normativa básica (con cita de la STC 8/2012, de 18 de enero, y de la STS de 11 de febrero de 2013). Y por tal motivo declara nulos varios de los preceptos de la Ordenanza que evidenciaban tal extralimitación competencial.

— *STSJ de 5 de febrero de 2016 (PGOU Cabezón de la Sal, defecto de información pública)*. Estima parcialmente el recurso interpuesto contra un plan general de ordenación urbana por no haberse sometido a nueva información pública después de incorporar modificaciones sobre el plan original que se consideran sustanciales de conformidad con los criterios que tiene establecidos el Tribunal Supremo: Esto es, teniendo en cuenta (i) la "entidad" de la proporción de incremento de suelo urbanizable entre la aprobación inicial y la definitiva y (ii) la "naturaleza" de los cambios introducidos en el suelo urbano, que ponen en evidencia una completa reconfiguración del plan originario de la que, por lo demás, tampoco hay reflejo en la memoria

ambiental correspondiente. La Sala llega además a la conclusión de que el estudio económico-financiero era también insuficiente. En cambio, rechaza la pretensión del recurrente de que se contemplaran como suelo rústico ordinario y no como suelo rústico de especial protección paisajística unas fincas porque la prueba pericial practicada permitía concluir que «la ladera del monte donde se ubican las parcelas en cuestión presenta un paisaje rural típico de Cabezón de la Sal, que desde el centro del pueblo es la zona de este tipo de paisaje más visible y que reúne todos los requisitos para poder ser merecedor de ser conservado coexistiendo con el uso ganadero actual, que ha sido la razón de su modelización paisajística».

— *STSJ de 11 de febrero de 2016 (casetas de aperos en suelo rústico)*. Interesa mencionar este fallo por lo que atañe a una práctica relativamente extendida, cual es la de levantar edificaciones residenciales en suelo no urbanizable haciéndolas pasar por casetas de aperos de labranza, a veces, incluso, con la connivencia municipal. Aunque la Sala llega a la conclusión de que, en el caso que nos ocupa, la situación era otra y la construcción realizada, aunque por su configuración arquitectónica y dimensiones podía asemejarse a una vivienda, no reunía las características propias de una edificación de uso residencial (pues carecía de electricidad, fontanería, calefacción y saneamiento, etc.) según lo informado por el técnico municipal.

— *STSJ de 18 de febrero de 2016 (ajuste cartográfico PORN)*. Se falla el recurso que interpuso la asociación ecologista ARCA contra el Decreto 25/2014, de 8 de mayo, que hizo público el ajuste cartográfico del límite municipal entre los municipios de Argoños, Arnúero y Noja, así como la zonificación de ordenación correspondiente a este ajuste y por la incorporación de las sentencias acaecidas dentro del ámbito territorial del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de las marismas de Santoña, Victoria y Joyel aprobado por Decreto 34/1997 de 5 de mayo. La recurrente entendía que dicho ajuste efectuaba una modificación de la zonificación del PORN que no se había sujetado al procedimiento legalmente establecido –vulnerando por tanto el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos ambientales (Convenio de Aarhus)– e interesaba también que se planteara cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Cantabria 4/2013, de 20 de junio, por la que se modificó la Ley de Cantabria

4/2006 de 19 de mayo de Conservación de la Naturaleza, incorporando a su artículo 65 un recepto del siguiente tenor:

No tendrán la consideración de modificación de un PORN los meros ajustes cartográficos, realizados con la finalidad de ajustar su cartografía a los criterios recogidos en el propio plan, ni las correcciones que sea preciso llevar a cabo para incorporar los pronunciamientos derivados de una sentencia judicial, que podrán llevarse a cabo directamente por decreto del Consejo de Gobierno.

La Sala considera innecesario el planteamiento de la cuestión y advierte que las pretensiones deducidas en el recurso no se dirigen, en realidad, contra su objeto formal —el decreto que aprobó el ajuste cartográfico— sino contra los cambios que determina en la clasificación ambiental y urbanística de las fincas como consecuencia de su adscripción a un diferente término territorial, motivo por el que estima el recurso.

Señala la Sala que la denominada adaptación cartográfica implica que terrenos pertenecientes hasta el año 2001 a los municipios de Arnúero y Noja se trasladen a Argoños, con la consecuencia directa de que dejen de estar incluidos en una zona de uso moderado para estarlo en una zona de uso especial, cambio significativo que no puede justificarse por un mero ajuste cartográfico. Y explica que

[E]l hecho de que cambien los límites municipales de los municipios, circunstancia externa al propio PORN, no justifica la extensión de la zona de uso especial del municipio de Argoños a ese terreno de uso moderado ya que éste obedece a razones medioambientales antes expuestas que no desaparecen por la alteración de los límites municipales, ni, por ello, puede calificarse de mero ajuste cartográfico el pretendido por medio del decreto impugnado pues, si bien en esa fecha de aprobación del PORN (1997), ese terreno de Argoños era de expansión futura de núcleos de población consolidados tanto urbanos como rurales, no significa que haya de serlo también el adyacente de Arnúero y Noja que ya ha sido, previamente, zonificado como uso moderado por la valoración ambiental que el PORN exige tener en consideración; además, el hecho de que el terreno perteneciente a Argoños se considere suelo urbano en 1997, no comunica dicha clasificación a la parte de suelo a la que se ha extendido el término municipal, sin llevar a cabo una modificación del propio PORN lo que constituye la vulneración de los arts. 59 y siguientes de la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza y a de conducir a la estimación parcial del presente recurso contencioso-administrativo.

Ha de tenerse en cuenta también que, mientras el uso moderado subsista, prevalece la prohibición de determinados usos contenidos en el art. 78 del Decreto 34/1997, de 5 de mayo, como la ubicación de nuevas viviendas o instalaciones destinadas al uso residencial, hostelería, restauración o similares, lo que pone en evidencia la construcción de las catorce viviendas realizadas durante la vigencia del PORN y antes de la alteración de los límites municipales que nos indica, finalmente, que ningún ajuste cartográfico puede pretenderse en el supuesto de autos al poseer el uso moderado un contenido reglado que no desaparece por la alteración administrativa de los límites municipales acaecida en 2001; la estimación del recurso contencioso-administrativo en lo referente a la parte del decreto impugnado que pretende la alteración de la zonificación del PORN y su adaptación cartográfica a los criterios del propio plan de los terrenos limítrofes de los municipios de Argoños, Arnauero y Noja, según la actualización cartográfica realizada por el Instituto Geográfico Nacional resulta procedente.

—*STSJ de 23 de febrero de 2016 (PGOU Cabezón de la Sal, riesgos geológicos)*. Objeto de otros pronunciamientos judiciales, en esa ocasión el plan general de ordenación urbana fue impugnado porque no se clasificaron como suelos rústicos de especial protección diversas zonas incursas en riesgos geológicos advertidos en el apéndice de la correspondiente memoria ambiental, aunque ésta no precisara el nivel de riesgo por ser técnicamente imposible hacerlo. La Sala rechaza el motivo porque no considera acreditada la existencia de tales riesgos, sino de simples procesos activos (disoluciones y subsidencias, deslizamientos y coluviones en movimientos de ladera, abanicos aluviales y torrenciales por cuestiones de inundación y otros procesos litológicos, con evidencia de puntos de halocinesis) que justifican la inclusión de directrices muy concretas para determinar el estado de los suelos antes de cualquier tipo de desarrollo urbanizador o edificatorio, pero no la exclusión de tal desarrollo. Lo que sí considera acreditado la Sala es que se realizaron modificaciones sustanciales en el plan si someterlo a nueva información pública y, por esta otra razón, sí estima la pretensión anulatoria de la recurrente.

—*STSJ de 29 de febrero de 2016 (PGOU Cabezón de la Sal, suelo rústico de especial protección)*. La Sala considera injustificada la inclusión de una finca en el suelo rústico de especial protección al amparo de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de

Cantabria 2/2001, de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, que decía así:

1. Tendrán la condición de suelo rústico de especial protección los terrenos en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el régimen de usos previsto conforme a los planes y normas de ordenación territorial o a la legislación sectorial pertinente sea incompatible con su transformación mediante la urbanización en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales, culturales, agrícolas, de riesgos naturales acreditados, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

b) Que sean clasificados como tales por los Planes Generales de Ordenación Urbana por estimar necesario preservarlos de su transformación urbana en atención a los valores genéricos a que se ha hecho referencia en el párrafo a) anterior, a sus riquezas naturales o a su importancia agrícola, forestal o ganadera.

Pues bien, por lo que respecta al suelo de especial protección, la Sala recuerda que esta clasificación está dirigida por el propio legislador y excluida, por tanto, de la natural potestad discrecional para efectuar el planeamiento urbanístico: La Administración deberá clasificar un terreno como suelo de protección especial si el mismo es incardinable en el supuesto legal y no podrá hacerlo si no lo es. Y fijándose en la letra “b” advierte lo siguiente (la cursiva es nuestra):

El supuesto legal que define el suelo rústico de protección especial es el siguiente: necesidad de preservar los terrenos de su transformación urbana en atención a los valores contemplados en el art. 108.a), a sus riquezas naturales o a su importancia agrícola, forestal o ganadera.

Como se ve, la norma no define el suelo rústico de especial protección con formulas acabadas, pero ello no da a la Administración un margen de apreciación susceptible solo de un control judicial externo (de motivación/ justificación).

Veamos:

El supuesto legal puede desdoblarse en dos elementos:

Concurrencia de alguno o algunos de los valores y factores contemplados en la ley, lo que ha de apreciarse en las características de los terrenos.

Necesidad, en atención a dichos valores o factores, de preservar los terrenos de la transformación urbanística.

La Administración no tiene margen de apreciación. Se trata de un concepto susceptible de concreción, a través del análisis técnico de los hechos (características de los terrenos) y, por lo tanto, susceptible de verificación empírica a través de pruebas como la pericial. La Administración tiene que justificar con las pruebas oportunas la concurrencia de los dos elementos del supuesto de hecho. Consiguientemente, la cuestión radica en ver si ha aportado tal acreditación.

La Administración ha clasificado los terrenos como suelo rústico de protección especial forestal y paisajística, es decir, ha cualificado, por así decirlo, la clasificación de suelo rústico de especial protección. Pero la Ley únicamente contempla el suelo rústico de protección ordinaria y de protección especial, no crea especialidades de estas categorías de suelo rústico. Y, siendo así, el añadido "protección paisajística" y "protección forestal", solo cabe referirlo a los valores considerados por la Administración para clasificar a los terrenos como suelo rústico de protección especial. Y, por lo tanto, la justificación que debe aportar la Administración ha de referirse a la concurrencia de esos valores y la necesidad de preservarlos con la aplicación del régimen del suelo rústico de protección especial.

Lo que precede nos permite sostener que no es justificación suficiente la consideración que ha hecho el autor del informe aportado junto a la contestación a la demanda, en su comparecencia ante el tribunal, en el sentido de que en la zona confluyen varios de los valores cuya protección justifica, según la ley, la clasificación de Suelo rústico de protección especial. Y no es suficiente, porque la clasificación, digamos especializada, que ha hecho la Administración (que, puede presumirse, conllevara unas limitaciones de uso especiales), implica que, como justificación de la aplicación del régimen del suelo rústico de especial protección, ha tenido en cuenta los valores forestales y paisajísticos, es decir, ha considerado que, aunque pudieran concurrir otros valores, es la especial presencia de aquéllos la que determina la clasificación como suelo rústico de especial protección; y, consiguientemente, la acreditación que debe aportar ha de referirse a esos concretos valores, a su manifestación en los terrenos de la parte actora; sin que, por ende, sirva la referencia a valores geológicos. Quede claro que no negamos que dichos valores y otros, como los agropecuarios, concurren en la zona. Lo que decimos es que *la clasificación especial que ha realizado la Administración le obliga a acreditar la concurrencia de valores paisajísticos y forestales*, al menos, en los concretos terrenos a los que se refiere la demanda.

Pues bien, *en cuanto los valores forestales, la Administración no ha acreditado suficientemente que en los terrenos de la parte actora concurren valores de esa naturaleza* que necesiten la protección consustancial al régimen del suelo rústico de protección especial. Es más, según hemos entendido, el perito de designación judicial afirma que en esos terrenos no hay masas forestales. La defensa de la Administración autonómica alega que lo determinante para clasificar los terrenos como suelo rústico de protección especial por sus valores forestales, no es la existencia de especies forestales sino el potencial forestal de los terrenos. Alegato que tenemos que rechazar.

El art. 108.1.b) de la Ley de Cantabria 2/2001 se refiere a las riquezas naturales y la importancia forestal, y, ciertamente, no es claramente descartable la inclusión en esos concepto de las posibilidades de implantación y desarrollo futuro de masas forestales (sería una riqueza potencial, una importancia, no por lo que es, sino por lo que puede llegar a ser). Pero hay que tener en cuenta que la justificación de la clasificación como suelo rústico de especial protección requiere, según dicho precepto, la necesidad de preservar los valores considerados. Y no parece difícil convenir en que la acreditación de esa necesidad precisa de pruebas especialmente sólidas cuando no se trata de proteger un valor (en este caso, la riqueza o importancia forestal) cuya presencia en el terreno está perfectamente consolidada y se manifiesta nítidamente en la realidad actual, sino de proteger una previsión, (algo simplemente posible o probable, en cualquier caso, eventual) de presencia futura de un determinado valor. En este último caso, la acreditación de la necesidad de preservación es una exigencia más intensa, pues la Administración tiene que justificar cumplidamente que no está planificando el futuro desarrollo de una zona, con el ámbito de apreciación que ello conlleva, sino aplicando el régimen de protección del suelo rústico de especial protección (con las delimitaciones y limitaciones del derecho de propiedad que ello conlleva) en correspondencia con la norma que regla esa potestad. Y la Administración no ha aportado pruebas suficientes de que el potencial forestal se presente en los terrenos a los que se refiere la demanda con la intensidad y cualificación, cualitativa y cuantitativa, necesarias como para justificar tal clasificación. En consecuencia, debemos anular la clasificación de suelo rústico de protección especial de la parte en que la Administración la cualifica como de protección forestal, en lo que afecta a la parcela de los demandantes.

En cuanto a la parte en que la clasificación es de *suelo rústico de especial protección paisajística*, damos especial relevancia a la manifestación que el perito

de designación judicial hizo en la comparecencia correspondiente, en el sentido de que el terreno está dedicado a pasto y se pueden ver desde el núcleo urbano. Y le damos especial relevancia, porque tal circunstancia justifica *la consideración como fondo escénico de la zona, es decir, como una referencia paisajística de la comunidad local, un paisaje que caracteriza el lugar, en cuanto circunstancia natural del núcleo urbano, que acompaña el diario vivir de las personas; y, por ende, un patrimonio de la colectividad que debe preservarse*; lo que justifica la aplicación de la protección consustancial al régimen del suelo rústico de especial protección.

En consecuencia, consideramos conforme a Derecho la clasificación efectuada por la Administración en la parte en que la cualifica como de protección paisajística.